

El informe de la CIDH sobre estándares interamericanos de derechos de los migrantes, refugiados y otras personas en situación de movilidad

Felipe González Morales¹

Introducción

Recientemente, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante “la CIDH” o “la Comisión”) publicó un Informe sobre estándares interamericanos acerca de personas en situación de movilidad.² Dichas personas corresponden a los colectivos de migrantes, refugiados, apátridas, víctimas de trata y desplazados internos. Se trata de un conjunto de colectivos que, desde el año 2012, se encuentran agrupados en una misma Relatoría Temática de la Comisión. En este artículo se analizarán —de manera sintética— los principales aspectos cubiertos en dicho informe.

El informe sistematiza los desarrollos en la materia del Sistema Interamericano a través de las diversas funciones de la Comisión y la Corte Interamericana (en adelante, “la Corte”). En el caso de la Comisión, ellas corresponden al sistema de casos, a las medidas cautelares, a los informes sobre países y temáticos, y a las visitas a los Estados. En lo que se refiere a la Corte, ellas consisten en sus labores contenciosa y consultiva, así como a las medidas provisionales.

¹ El autor es Director del Magíster en Derecho Internacional de los Derechos Humanos en la Universidad Diego Portales y Relator Especial sobre Derechos de los Migrantes de Naciones Unidas. En su carácter de Relator sobre Migrantes, Refugiados y otras personas en situación de movilidad de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos —cargo que desempeñó hasta diciembre de 2015—, supervisó la preparación del informe analizado en este artículo.

² Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Movilidad Humana: Estándares Interamericanos: Derechos humanos de migrantes, refugiados, apátridas, víctimas de trata y desplazados internos: normas y estándares del sistema interamericano de derechos humanos*, Washington, D.C., 31 de diciembre 2015, <http://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/MovilidadHumana.pdf>

Es importante tener en cuenta que el Sistema Interamericano carece de instrumentos referidos de manera específica a la situación de migrantes, refugiados u otras personas en situación de movilidad, poseyendo —únicamente— algunas disposiciones al respecto en la Convención Americana sobre Derechos Humanos y en la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, por lo que la labor interpretativa de la Corte y la Comisión sobre el tema resulta especialmente relevante. A dichos instrumentos cabe agregar la Declaración de Cartagena sobre Refugiados, la cual, si bien no es estrictamente un instrumento de la Organización de Estados Americanos (OEA), fue endosada por la Asamblea General de esta, que llamó a los Estados a implementarla.

La labor interpretativa de la Corte y la Comisión se extiende, además, a algunos instrumentos de Naciones Unidas, en la medida que ellos son aplicables en el continente americano, y que sirven para ilustrar el sentido y alcance de los tratados y declaraciones interamericanos. Entre tales instrumentos de la ONU se encuentran la Convención Internacional para la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares, la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados y su Protocolo, las dos convenciones sobre apatridia, el Protocolo contra la trata de personas, el Protocolo contra el tráfico ilícito de migrantes, etc.

En relación con la sistematización de estándares realizada en el informe en análisis, en lo que se refiere al sistema de casos y a las medidas cautelares de la Comisión, es relevante anotar que una parte importante del trabajo de dicho órgano sobre el tema se refiere a Estados Unidos. Como dicho país no ha reconocido la jurisdicción contenciosa de la Corte Interamericana, las decisiones a su respecto tienen menos visibilidad que las de los Estados que sí han hecho tal reconocimiento. De allí que el informe cumpla, también, una función de difusión de los estándares desarrollados, a propósito de sus casos y medidas cautelares acerca de EE.UU.

También es significativo que el informe no se refiera solamente a la jurisprudencia de casos de la Comisión y la Corte, sino que abarque —asimismo— las otras funciones de dichos organismos, señaladas más arriba. Ello debido a que el volumen de denuncias que llegan al Sistema Interamericano sobre el tema es reducido. El hecho de que dicho sistema haya desarrollado una jurisprudencia paradigmática sobre una serie de aspectos de los colectivos en situación de movilidad, puede inducir a error y hacer pensar que el volumen de denuncias es importante, cuando en rigor —salvo respecto de EE.UU.— se

trata de una cantidad reducida, lo cual demuestra la especial vulnerabilidad de estos colectivos que, por temor, falta de acceso a la justicia y/o carencia de información, utilizan escasamente el sistema de denuncias.

Criminalización y detención migratoria

Como constata el informe, en los últimos años se ha producido en los Estados de la OEA una tendencia hacia la descriminalización de la migración irregular. En muchas legislaciones de la región, la migración irregular ya no se encuentra tipificada como un delito, sino que constituye —a lo sumo— una falta administrativa. El Sistema Interamericano ha contribuido a ello por medio de diversos informes de países de la Comisión³ y a través de casos paradigmáticos como Vélez Loor en la Corte⁴ que, interpretando los instrumentos interamericanos, han sostenido de manera reiterada que la sanción penal de la migración irregular es incompatible con dichos instrumentos.

Sin embargo, la tendencia hacia la descriminalización no ha ido, necesariamente, acompañada de una reducción de la detención por razones migratorias. Si bien dicha reducción ha tenido lugar en una serie de países, precisamente en aquellos dos que son los mayores receptores de migrantes de la OEA —EE.UU. y México—, a pesar de que la migración irregular no constituye un delito (en México se derogó el tipo penal respectivo en la década pasada), la detención migratoria en vez de menguar, ha aumentado. Se trata ahora, claro, de una detención de carácter administrativo, pero que, en realidad, en muchas de sus características se asemeja en la práctica a la detención penal.

Más aún, esto ha traído consigo un efecto paradójico: el de verse reducida la salvaguarda del derecho a un debido proceso para los migrantes. Como no se trata ya de una detención de naturaleza penal, sino administrativa, el acceso a la justicia, el derecho a la defensa, el derecho a recurrir y otros componentes de un debido proceso, se ven afectados.

³ Informe sobre Inmigración en Estados Unidos: Detención y Debido Proceso (2011); Derechos Humanos de los Migrantes y otras personas en el contexto de la movilidad humana en México (2013).

⁴ Corte IDH, Caso Vélez Loor vs. Panamá, Sentencia de 23 de noviembre de 2010 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas).

El informe de la CIDH se refiere también a la cuestión de la detención migratoria infantil. A este respecto, el informe sistematiza los estándares desarrollados por la Corte Interamericana en su Opinión Consultiva sobre niñez migrante⁵, así como por la propia Comisión en varios informes sobre países.⁶ Conforme a esos parámetros, la detención migratoria infantil es incompatible con los instrumentos interamericanos de derechos humanos. La incompatibilidad se refiere no sólo a los niños no acompañados, sino también a aquellos que se encuentren junto a sus familias. Ello es sin perjuicio de que los niños puedan ser albergados en establecimientos abiertos. La Corte Interamericana, en su Opinión Consultiva sobre niñez migrante, observa que “los Estados no pueden recurrir a la privación de libertad de niñas o niños que se encuentran junto a sus progenitores, así como de aquellos que se encuentran no acompañados o separados de sus progenitores, para cautelar los fines de un proceso migratorio ni tampoco pueden fundamentar tal medida en el incumplimiento de los requisitos para ingresar y permanecer en un país, en el hecho de que la niña o el niño se encuentre solo o separado de su familia, o en la finalidad de asegurar la unidad familiar, toda vez que pueden y deben disponer de alternativas menos lesivas y, al mismo tiempo, proteger de forma prioritaria e integral los derechos de la niña o del niño.”⁷

Todos los aspectos anteriores dicen relación con el hecho de que la detención migratoria constituye una privación de libertad. El lenguaje empleado por los Estados suele ocultar esta característica, al evitar utilizar la expresión “detención” para referirse a la privación de la libertad por razones migratorias. Los estándares interamericanos son claros en este sentido, ya que, independientemente de la nomenclatura empleada, la privación de libertad por razones migratorias debe ser excepcional tratándose de adultos y queda excluida en el caso de los niños.

Alcances del principio de no devolución

Es un principio jurídico de larga data y bien asentado en el Derecho Internacional el que un Estado no puede devolver a su país de origen o enviar a un tercer país a un extranjero que se encontrará en situación de riesgo para su vida o

⁵ Corte IDH, Derechos y Garantías de Niñas y Niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional”, Opinión Consultiva OC-21/14, de 19 de agosto de 2014.

⁶ CIDH, Refugiados y Migrantes en Estados Unidos: familias y niños no acompañados, 2015.

⁷ Corte IDH, Opinión Consultiva OC-21/14, ob. cit., párr. 160.

integridad personal en caso de que la devolución tenga lugar. Este principio aparece consagrado en diversos tratados generales de derechos humanos y en los instrumentos internacionales contra la tortura.

En el caso del Sistema Interamericano, a pesar de no existir un instrumento específico sobre migrantes, refugiados u otros colectivos en situación de movilidad, tanto la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre (art. XXVII) como la Convención Americana sobre Derechos Humanos consagran el derecho de asilo (art. 22.7) y esta última regula además en detalle el derecho de circulación y residencia en su art. 22, reconociendo expresamente, entre otros, el principio de no devolución, al señalar que “[e]n ningún caso el extranjero puede ser expulsado o devuelto a otro país, sea o no de origen, donde su derecho a la vida o a la libertad personal está en riesgo de violación a causa de raza, nacionalidad, religión, condición social o de sus opiniones políticas” (numeral 8). En el numeral 9, establece la prohibición de expulsiones colectivas.⁸

El informe de la CIDH sobre estándares interamericanos hace referencia especial a las medidas cautelares y provisionales adoptadas en conexión con esta materia, ya que es justamente a través de ellas que la Comisión y la Corte han desarrollado una jurisprudencia al respecto. En particular, la Comisión ha adoptado medidas cautelares al respecto en numerosas ocasiones en relación con EE.UU. y así ha dispuesto dejar sin efecto la orden de deportación en diversos casos, como *Andrea Mortlock*⁹ o *Wayne y Armendáriz*¹⁰, ambos contra EE.UU. En la Corte, un caso de los últimos años con incidencia en la materia es de *Wong-Ho-Wing* contra Perú, que se refería a un nacional chino que alegadamente podía correr riesgo de que fuera aplicada la pena de muerte si era extraditado a su país.¹¹

En la medida cautelar y el informe de fondo del caso de *Andrea Mortlock*, el núcleo del asunto consistía en que en caso de ser deportada desde EE.UU. a su país de origen, Jamaica —desde donde había salido hacía décadas—, su

⁸ Corte IDH, *Caso de Personas Dominicanas y Haitianas expulsadas vs. República Dominicana*, Sentencia de 28 de agosto de 2014 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas).

⁹ CIDH, *Medida Cautelar 184/05*, 19 de agosto 2005; Informe de Admisibilidad y Fondo Caso 12.534, *Caso Andrea Mortlock* (EE.UU.), 25 de julio de 2008.

¹⁰ CIDH, *Informe 81/10* Caso 12.562, Fondo, *Wayne Smith, Hugo Armendáriz et al* (EE.UU.), 12 de julio de 2010.

¹¹ CIDH, *Informe N°78/13* Caso 12.794, Fondo, *Wong Ho Wing* (Perú), fecha de remisión a la Corte 30 de octubre de 2013; Corte IDH, *Wong Ho Wing vs. Perú*, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia del 30 de junio de 2015. Dado que Perú ha abolido la pena de muerte, resultaría violatorio de la Convención Americana el extraditar a una persona a un Estado en el cual exista el riesgo de que le sea aplicada dicha pena.

vida correría serio riesgo, ya que se trataba de persona que vivía con VIH/SIDA cuyo tratamiento por medio de la triterapia se vería discontinuado. Respecto de Wayne y Armendáriz, el asunto concernía otros aspectos, ya que se refería a la protección de la vida familiar: se trataba de dos personas que llevaban décadas viviendo en EE.UU., con arraigo y descendientes y otros familiares cercanos allí. La normativa estadounidense prohíbe a los jueces realizar consideraciones humanitarias a efectos de suspender o dejar sin efecto una orden de deportación, prohibición que la Comisión Interamericana ha sostenido vulnera los estándares interamericanos.

Refugiados

En relación con los estándares en materia de refugiados en el Sistema Interamericano, es necesario subrayar la importancia que posee para el mismo la Declaración de Cartagena de Derecho de los Refugiados. Aunque, como ya señalamos, ella no es propiamente un instrumento de dicho sistema, la Asamblea General de la OEA la endosó, llamando a los Estados miembros a implementarla. Su aspecto central es que ella contiene una “definición ampliada” del concepto de refugiado, incorporando elementos objetivos, yendo más allá de las situaciones de fundado temor a que se refiere la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de Naciones Unidas de 1951. Así, ella incluye “a las personas que han huido de sus países porque su vida, seguridad o libertad han sido amenazadas por la violencia generalizada, la agresión extranjera, los conflictos internos, la violación masiva de los derechos humanos u otras circunstancias que hayan perturbado gravemente el orden público.”¹² Cabe destacar que la normativa interna de dieciséis Estados de la región incluye la definición ampliada de refugiado recomendada por la Declaración de Cartagena sobre los Refugiados.

En relación con las solicitudes de asilo o refugio, en el Caso de la familia Pacheco Tineo, la Corte Interamericana definió, conforme a la Convención Americana y otros instrumentos internacionales aplicables, las siguientes obligaciones para los Estados:

¹² Declaración de Cartagena, Sección III, conclusión tercera.

“1. Deben garantizarse al solicitante las facilidades necesarias, incluyendo los servicios de un intérprete competente, así como, en su caso, el acceso a asesoría y representación legal, para someter su solicitud ante las autoridades. (...)”

2. La solicitud debe examinarse, con objetividad, en el marco del procedimiento establecido al efecto, por una autoridad competente claramente identificada, lo cual requiere la realización de una entrevista personal;

3. Las decisiones que se adopten por los órganos competentes deben estar debidamente fundamentadas (...);

4. Con la finalidad de proteger los derechos de los solicitantes que puedan estar en riesgo, el procedimiento de asilo debe respetar en todas sus etapas la protección de los datos del solicitante y de la solicitud y el principio de confidencialidad;

5. Si no se reconoce al solicitante la condición de refugiado, se le debe brindar la información sobre como recurrir y concedérsele un plazo razonable para ello (...) y

6. El recurso de revisión o apelación debe tener efectos suspensivos y debe permitirse al solicitante que permanezca en el país hasta que la autoridad competente adopte la decisión del caso, e inclusive mientras esté pendiente el medio de impugnación, a menos que se demuestre que la solicitud es manifiestamente infundada.”¹³

Las garantías mínimas al debido proceso se aplican a cualquier persona, con independencia de su edad y condición de estancia en el país, lo que significa que una persona migrante en situación irregular en un país se encuentra en situación de igualdad con otros justiciables para defender sus derechos e intereses. Por tanto, señala la Corte Interamericana, el Estado debe respetar y asegurar dichas garantías mínimas en todo proceso, lo cual implica:

1. Derecho a ser notificado de la existencia de un procedimiento y de la decisión que se adopte en el marco del proceso migratorio
2. Derecho a que los procesos migratorios sean llevados por un funcionario o juez especializado
3. Derecho a ser oído y a participar en las diferentes etapas procesales
4. Derecho a ser asistido gratuitamente por un traductor y/o intérprete
5. Acceso efectivo a la comunicación y asistencia consular

¹³ Corte IDH, Caso Familia Pacheco Tineo vs. Estado Plurinacional de Bolivia, Sentencia de 25 de noviembre de 2013 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones, y Costas), párr. 159.

6. Derecho a ser asistido por un representante legal y a comunicarse libremente con dicho representante
7. Derecho a que la decisión que se adopte sea debidamente fundamentada
8. Derecho a recurrir la decisión ante un juez o tribunal superior con efectos suspensivos
9. Plazo razonable de duración del proceso.

Cuando se trate de niñas o niños, por una parte, los Estados tienen la obligación de adaptar los estándares anteriores de manera de hacerlos eficaces a unas y otros, y, por otra, la Corte Interamericana en su Opinión Consultiva sobre niñez migrante, añade otros dos obligaciones, que mencionamos más abajo.

Respecto de la adaptación de las obligaciones estatales a situaciones que afecten a la infancia, la Opinión Consultiva observa la necesidad de tomar una serie de medidas específicas. Entre ellas se encuentra, primeramente, la de asegurar “la existencia de personal capacitado para comunicarle a la niña o niño, de acuerdo al desarrollo de sus capacidades cognitivas, que su situación está siendo sometida a consideración administrativa o judicial garantizará que el derecho a la defensa pueda ser ejercido por la niña o niño, en el sentido de entender lo que está sucediendo y poder dar su opinión en lo que estime pertinente.”¹⁴ Asimismo, la Corte establece que “las decisiones en materia migratoria no pueden ser delegadas a funcionarios no especializados” y que las personas a cargo de tales decisiones deben hallarse “debidamente capacitadas, de forma que puedan identificar las necesidades especiales de protección de la niña o niño, de conformidad con el interés superior.”¹⁵ La Opinión Consultiva agrega que “las niñas y niños deben ser oídos con el objeto de poder resolver de acuerdo a su mejor interés, siendo que incluso las opiniones de sus padres o tutores no pueden reemplazar la de las niñas o niños”,¹⁶ y que “cualquier declaración de una niña o niño [migrante] debe sujetarse a las medidas de protección procesal que corresponden a éste, entre ellos, la posibilidad de no declarar, la asistencia del representante legal y la emisión de aquélla ante la autoridad legalmente facultada para recibirla.”¹⁷ Además, se resalta por la Corte que “el acceso a la comunicación y asistencia consular se convierte en un derecho que cobra una especial relevancia y que debe ser garantizado y

¹⁴ Corte IDH, Opinión Consultiva OC-21/14, ob. cit., párr. 116, párrafo 117.

¹⁵ *Ibíd.*, párrafo 121.

¹⁶ *Ibíd.*, párrafo 122.

¹⁷ *Ibíd.*, párrafo 123.

tratado de manera prioritaria por todos los Estados”¹⁸ y que el tipo de asistencia jurídica que se le proporcione debe ser especializada.¹⁹

En lo que se refiere a las obligaciones adicionales, ellas consisten en el deber de designar a un tutor en caso de niñas o niños no acompañados o separados, y en el de considerar el interés superior del niño al momento de adoptar la decisión a su respecto.

En cuanto a lo primero, debido a la especial situación de vulnerabilidad en la que se encuentran las niñas o niños no acompañados o separados, se requiere por la Corte para iniciar el proceso judicial o administrativo pertinente nombrar un tutor competente lo antes posible, como garantía procesal indispensable para el interés superior del niño.²⁰ El tutor nombrado se debe mantener hasta la mayoría de edad del niño, hasta que abandone el territorio o hasta que cese la causa por la cual fue nombrado. En este tiempo, el tutor debe actuar con conocimiento de los aspectos que existen en la vida del niño, siendo un vínculo entre la niña o el niño y los organismos estatales, y teniendo capacidades especializadas a fin de conseguir asegurar y proteger el interés superior de la niña o del niño. Dicho nombramiento debe estar sujeto a una continua evaluación que permita conocer la buena práctica de la tutoría para el fin que se pretende, es decir, otorgar al niño mecanismos de protección acordes a su especial situación de vulnerabilidad.

En lo concerniente al segundo aspecto, es decir, a que la decisión que se adopte evalúe el interés superior de la niña o del niño y sea debidamente fundamentada, dicha fundamentación debe recoger los hechos, los motivos y las normas que conforman la decisión adoptada y, en el caso de las niñas y niños, debe constar la forma en que se tuvieron en cuenta la opinión del niño y la evaluación de su interés superior, los cuales se encuentran íntimamente ligados²¹.

¹⁸ *Ibíd.*, párrafo 128.

¹⁹ *Ibíd.*, párrafo 131.

²⁰ *Ibíd.*, párrafo 116.

²¹ Lo anterior, se cita en la Opinión Consultiva emitida por la Corte, en palabras del Comité de los Derechos del Niño, como que “no es posible una aplicación correcta del artículo 3 [(interés superior)] si no se respetan los componentes del artículo 12 [(derecho a participar y que su opinión sea tenida en cuenta)]”. Del mismo modo, “el artículo 3 refuerza la funcionalidad del artículo 12 al facilitar el papel esencial de los niños en todas las decisiones que afecten su vida”. Comité de los Derechos del Niño, Observación General N° 12: El derecho del niño a ser escuchado. Corte IDH, Derechos y Garantías de Niñas y Niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional”, Opinión Consultiva OC-21/14, cit., párrafo 74.

Desplazados internos

En relación con los desplazados internos, el informe en análisis señala que el desplazamiento forzado interno afecta a múltiples derechos humanos, tales como el derecho de circular libremente en el territorio del Estado; el derecho de escoger libremente el lugar de residencia; el derecho a la integridad personal; el derecho a la vida privada y familiar; el derecho a la propiedad; y el derecho al trabajo. Añade el informe que “en el caso de los niños, las niñas y los adolescentes, derechos específicos son, además, el derecho a no ser separados de la familia, el derecho a una especial protección y cuidado, y el derecho a la educación. En el caso de las mujeres, el derecho a la adopción de medidas por la vulnerabilidad a la violencia por su condición de desplazadas. En el caso de comunidades y pueblos indígenas y afrodescendientes, el derecho a sus tierras y territorios ancestrales y tradicionales, y el derecho a su cultura.”²²

También es relevante la cuestión de los desplazados y el cambio climático. La CIDH valora en su informe “el reconocimiento que hicieron los Estados de América Latina y el Caribe en la Declaración de Brasil de 2014 con relación a los desafíos que plantean el cambio climático y los desastres naturales, así como el desplazamiento de personas que estos fenómenos generen en la región.”²³ El cambio climático y diversos desastres naturales ocurridos en los últimos años han provocado desplazamiento interno y migración internacional, desde países sin servicios adecuados ni políticas de desarrollo sostenible.

Personas apátridas

Respecto de las personas apátridas, la migración en la región —a menudo forzada— pone en riesgo de llegar a serlo a numerosas personas, especialmente a niños y niñas, al no contar con un registro de nacimiento. También hay casos de apatridia por la situación de los hijos de nacionales nacidos en el extranjero. La Comisión Interamericana en su informe sobre movilidad humana señala la excepcionalidad de las situaciones de apatridia en los Estados de la OEA. Ello gracias a la aplicación combinada de los principios de *ius soli* y de *ius sanguinis* en la mayoría de los Estados de la región.

²² Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Movilidad Humana: Estándares Interamericanos (cit.), párrafo 235.

²³ Ibíd., párrafo 64.

No obstante —añade—, como se señala en la Declaración de Brasil, subsisten vacíos legislativos y omisiones en la práctica estatal a nivel regional para prevenir la apatridia.”²⁴ Por último, otro serio problema que advierte la Comisión Interamericana se refiere a leyes sobre nacionalidad en algunos países que no reconocen la igualdad de las mujeres en relación con los hombres para el otorgamiento de la nacionalidad a sus hijos.

Este tema fue analizado *in extenso* por la Comisión en un Informe reciente sobre República Dominicana.²⁵

Víctimas de trata

En su informe sobre estándares, la Comisión Interamericana constata que “[s]i bien hay una gran variedad de instrumentos jurídicos internacionales que contienen normas y medidas prácticas para combatir la explotación de personas, no había un instrumento universal que abordase todos los aspectos de la trata de personas.”²⁶ El Protocolo contra la Trata de Personas —también conocido como Protocolo de Palermo— viene a desempeñar en este sentido un importante papel, al adoptarse con miras a prevenir dicho delito, sancionar a los tratantes y proteger a las víctimas, en especial mediante el amparo de sus derechos humanos internacionalmente reconocidos. El Protocolo establece, asimismo, la primera definición internacional vinculante de la trata de personas. El informe además resalta que treinta y dos Estados de la OEA han ratificado el referido protocolo.

El informe de la CIDH señala que “[e]n el contexto de la migración las víctimas de trata de personas conforman otro grupo en situación de extrema vulnerabilidad. La discriminación de género y el machismo presentes en muchos países de la región son factores que explican el impacto desproporcionado que tiene la trata de personas en la victimización de mujeres; sin embargo, los hombres también suelen ser víctimas de diversas formas de trata de personas.”²⁷ El informe también da cuenta de la victimización de niñas y niños, correspondiendo aquellas a un 20% del total de víctimas y estos a un 10%.

²⁴ Ibíd., párrafo 56.

²⁵ Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Situación de Derechos Humanos en República Dominicana (2015).

²⁶ Ibíd., párrafo 114.

²⁷ Ibíd., párrafo 66.

La Comisión también observa que debido a sus características, la trata de personas es uno de los delitos con mayores niveles de subregistro, constatando importantes carencias en lo referido a la información sobre el perfil de los perpetradores y de las víctimas. De acuerdo a lo indicado por el informe, “[e]n las Américas, la trata con fines de trabajo forzoso y con fines de explotación sexual se registran en proporciones similares. En Norteamérica, Centroamérica y el Caribe más del 50% de las víctimas identificadas son explotadas en trabajos forzados, mientras que en Sudamérica el porcentaje es alrededor de 40%.”²⁸

En cuanto a las normativas internas de los Estados de la OEA, el informe establece que la mayoría de ellos posee una legislación específica para prevenir y sancionar la trata de personas. Ello se ha producido, especialmente, como consecuencia de la ratificación del Protocolo de Palermo por muchos de ellos, el cual impone dicha obligación. No obstante, la CIDH observa que en algunos países la legislación es parcial.

Además, el informe da cuenta de los altos niveles de impunidad en la materia en la región, al no apreciarse un aumento relevante en las investigaciones y condenas por el delito de trata de personas. Señala el informe que “[c]uando se comparan las cifras de los casos denunciados y sus sospechosos con el número de condenas, este último es apenas un 10% del primero. En cuanto a los casos sancionados —añade el informe—, el 80% de los perpetradores condenados en las Américas son personas que tratan nacionales de su propio país y que han sido procesados por su Estado. Un 17% de los perpetradores son nacionales de otros países de la región, y sólo el 3% son ciudadanos de países de otra región.”²⁹

Derecho a igual protección y a no ser discriminado

Varios tratados e instrumentos internacionales, incluida la Convención Americana sobre Derechos Humanos y la Convención de las Naciones Unidas sobre protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y los miembros de sus familias, consagran y garantizan el derecho a igual protección ante la ley y el derecho a no ser discriminado. Como lo ha señalado la Corte Interamericana

²⁸ Ibid., párrafo 67.

²⁹ Ibid., párrafo 72. Se ha eliminado una referencia contenida en el texto original.

de Derechos Humanos, “la noción de igualdad se desprende directamente de la unidad de naturaleza del género humano y es inseparable de la dignidad esencial de la persona.”³⁰

El desarrollo del Derecho Internacional ha resultado en la consolidación de ciertos principios de derechos humanos con la categoría de *jus cogens*, es decir, que se trata de normas generales imperativas de derecho internacional que no pueden ser alteradas o suprimidas por otras leyes o tratados. Así lo ha señalado la Corte Interamericana de Derechos Humanos en su Opinión Consultiva OC-18 de 2003, en la que analiza los derechos de los trabajadores indocumentados: “el principio de igualdad ante la ley, igual protección ante la ley y no discriminación, pertenece al *jus cogens*, puesto que sobre él descansa todo el andamiaje jurídico del orden público nacional e internacional y es un principio fundamental que permea todo ordenamiento jurídico.”³¹

Como consecuencia directa de la vigencia de estos principios de *jus cogens*, los Estados tienen un deber afirmativo de corregir toda situación de hecho o disposiciones legales vigentes bajo su jurisdicción territorial. Desde luego, ello no implica que los Estados no puedan realizar distinciones razonables y objetivas entre poblaciones diferentes, lo cual está permitido por el derecho internacional y forma parte también de la jurisprudencia de la CIDH y de la Corte Interamericana.

Las garantías de debido proceso resultan fundamentales también para la determinación de otros derechos de los trabajadores migratorios, lo que incluye los derechos laborales. Todo Estado ciertamente goza de la facultad de regular las condiciones y requisitos del trabajo, y de no permitir el empleo de los migrantes indocumentados, y lo mismo es cierto de los empleadores privados. En ninguna de estas circunstancias se estaría incurriendo en violaciones de los principios de *jus cogens* consistentes en la igualdad ante la ley y la no discriminación.

Los derechos laborales corresponden a todos los trabajadores, con independencia de su condición migratoria. En este sentido, la Corte Interamericana ha afirmado de manera clara que “una persona que ingresa a un Estado y entabla relaciones laborales, adquiere sus derechos humanos laborales en ese Estado de empleo, independientemente de su situación migratoria, puesto que el respeto y garantía del goce y ejercicio de esos derechos deben realizarse sin discriminación

³⁰ Corte IDH, Propuesta de modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la naturalización, Opinión Consultiva OC-4/84, 19 de enero de 1984, párrafo 55.

³¹ Corte IDH, Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados, OC-18/03, Opinión Consultiva de 17 de septiembre de 2003, párrafo 101.

alguna.”³² El Estado debe ser el garante último de tales derechos y es responsable ante la comunidad internacional por su protección, independientemente de que la relación laboral, sea con el Estado o con una entidad privada que opera dentro de su jurisdicción territorial.³³ La Comisión Interamericana también se ha pronunciado, recientemente, al respecto en un caso acerca de EE.UU.³⁴

Los derechos laborales de los que goza todo migrante por su condición de trabajador incluyen el derecho a asociarse libremente, a la negociación colectiva, a salarios justos, a la seguridad social, a condiciones de trabajo seguras y salubres, y al pago de horas extraordinarias. Se trata de derechos inalienables para todo trabajador, sin importar el Estado en que se encuentren, y surgen desde el momento en que son empleados.

El respeto de los derechos básicos de los migrantes no puede entenderse como un impedimento para que los Estados definan y apliquen sus propias políticas migratorias de manera razonable. Por el contrario, el Estado tiene un papel necesario en la implementación de políticas migratorias adecuadas a su propia realidad. La Corte Interamericana ha señalado al respecto que “en el ejercicio de su facultad de fijar políticas migratorias, es lícito que los Estados establezcan medidas atinentes al ingreso, permanencia o salida de personas migrantes para desempeñarse como trabajadores en determinado sector de producción en su Estado, siempre que ello sea acorde con las medidas de protección de los derechos humanos de toda persona y, en particular, de los derechos humanos de los trabajadores.”³⁵ Señaló igualmente la Corte Interamericana que las medidas que pueden tomar los Estados incluyen el otorgamiento o denegación de permisos de trabajo generales o para ciertas labores específicas, aunque aclaró que los Estados están obligados a establecer mecanismos para asegurar que no se incurra en discriminación alguna y que de tal manera “se

³² *Ibíd.*, párrafo 133.

³³ En su Opinión Consultiva 18, la Corte Interamericana añade que “No es admisible que un Estado de empleo proteja su producción nacional, en uno o varios sectores, fomentando o tolerando la contratación de trabajadores migrantes indocumentados con fines de explotación laboral, prevaleciendo de la condición de vulnerabilidad de dichos trabajadores frente al empleador en el Estado o considerándolos como oferta laboral menos costosa, sea pagándoles salarios más bajos, negándoles o limitando el goce o ejercicio de uno o más derechos laborales, o negándoles la posibilidad de reclamar la violación de los mismos ante la autoridad competente”. *Ibíd.*, párr. 170.

³⁴ Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informe N°50/16, Caso 12.834, Fondo (Publicación), Trabajadores Indocumentados, Estados Unidos de América, 30 de noviembre de 2016,

³⁵ *Ibíd.*, párr. 169.

garantiza una vida digna al trabajador migrante, protegiéndole de la situación de vulnerabilidad e inseguridad en que usualmente se encuentra, y se organiza así eficiente y adecuadamente el proceso de producción local o nacional.”³⁶

Conclusiones

Dado que el Sistema Interamericano carece de un instrumento específico que establezca estándares en materia de migraciones y de otras situaciones de movilidad humana, tales como refugiados, desplazados y otros colectivos, el Informe reciente de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos que se ha analizado someramente en este artículo, resulta relevante para una sistematización de aquellos parámetros que se han desarrollado en la jurisprudencia interamericana a partir de la interpretación de instrumentos de carácter general, tales como la Declaración Americana y la Convención Americana.

Similarmente, puesto que a nivel de Naciones Unidas sí existen instrumentos específicos, como la Convención sobre Trabajadores Migratorios y sus Familias, las convenciones sobre refugiados, las referidas a situaciones de apatridia y otras, su desarrollo interpretativo también resulta importante en el contexto regional interamericano, como se refleja en el informe de la CIDH al que se viene haciendo mención.

Los estándares contenidos en el informe de la CIDH debieran ser de utilidad para los Estados y la sociedad civil, incluyendo, desde luego, los colectivos en situación de movilidad. El Informe contribuirá, además, al fortalecimiento del trabajo de la propia Comisión y de la Corte Interamericana, al dar mayor sistematicidad al trabajo que han llevado a cabo en la materia.

³⁶ Ibíd., párr. 169.